

J.C. de Wit

Artikel 94 Grondwet toegepast

Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden ‘vinden geen toepassing’ in artikel 94 van de Grondwet

Diss. EUR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, 339 p.,

ISBN 978-90-8974-632-0

J.W.A. FLEUREN*

Het proefschrift van Joke de Wit is zeldzaam actueel. Terwijl zij haar dissertatie over de wijze waarop de rechter vorm geeft aan zijn bevoegdheid om conflicten van nationaal recht met een ieder verbindende bepalingen van verdragen te vermijden of te beëindigen, op 26 april 2012 in de aula van de Erasmus Universiteit Rotterdam verdedigde, werd er in de boezem van de VVD-fractie in de Tweede Kamer gebroed op een plan om deze bevoegdheid wezenlijk te beknotten. De VVD-fractie verwijt de nationale rechter dat deze mensenrechtenverdragen als breekijzer gebruikt om democratisch tot stand gekomen wetten te doorkruisen. Dit heeft inmiddels geleid tot het voorstel-Taverne, dat beoogt door middel van een grondwetswijziging aan de rechter de bevoegdheid te ontnemen om wetten in formele zin wegens onverenigbaarheid met een ieder verbindend verdragsrecht buiten toepassing te laten.¹ Maar is het verwijt terecht? Past de rechter overijverig mensenrechtenverdragen toe en verliest hij daarbij zijn verhouding tot de democratisch gelegitimeerde wetgever uit het oog? Voor iedereen die zich dergelijke vragen stelt, is het proefschrift van De Wit verplichte kost.

Ook afgezien van de actualiteit, vervult het proefschrift van De Wit een desideratum. Er is in de literatuur – onder meer door een van haar promotoren² – vaker op gewezen dat het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift slechts een van de vele manieren is waarop rechters discrepanties tussen het nationaal recht en een ieder verbindend verdragsrecht wegwerken. Bovendien biedt buitentoepassinglating van een wettelijk voorschrift lang niet altijd soelaas. Dit roept de vraag op welke technieken rechters gebruiken om het nationaal recht in overeenstemming te brengen met een ieder verbindende bepalingen van verdragen, hoe deze technieken zich verhouden tot de in artikel 94 Grondwet neergelegde toetsingsbevoegdheid en wat zij betekenen voor de rol van de rechter tot opzichte van de wetgever.

* Mr. dr. J.W.A. Fleuren is universitair hoofddocent Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

¹ Zie voor de huidige versie van het voorstel-Taverne

Kamerstukken II 2013/14, 33 359 (R 1986), nr. 5.

² R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming* (oratie Rotterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 12-16.

Nadat de auteur in de inleiding (hoofdstuk 1) de probleemstelling, de afbakening, de methode en het belang van haar onderzoek uiteengezet heeft, analyseert zij in hoofdstuk 2 de grondwetsgeschiedenis van het huidige artikel 94. Zoals bekend is de voorloper van dit artikel in 1953 via het amendement-Serrarens in de Grondwet gekomen. De oorspronkelijke tekst van dit amendement luidde als volgt:

‘In geval van strijd met binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften hebben de bepalingen van overeenkomsten de voorrang.’³

Hoewel de formulering van dit amendement was ontleend aan rapporten van de Staatscommissie-Van Schaik en de commissie-Van Eysinga, ontmoette zij tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer (mijns inziens wat vergezochte) bezwaren van de kant van PvdA-woordvoerder Burger. Volgens hem liet de formulering belangrijke vragen open: werd hier nu een toetsingsbevoegdheid aan de rechter verleend? En zo ja, mocht de rechter dan alleen toetsen aan geschreven en gepubliceerd internationaal recht, of ook aan ongepubliceerd of ongeschreven internationaal recht?⁴ Burger stelde derhalve via een subamendement voor het amendement-Serrarens aan te vullen met: ‘De wet kan hieromtrent nadere regelen stellen.’⁵ Kennelijk voelden Serrarens c.s. hier niet voor. Met hulp van ambtenaren van het Ministerie van Binnenlandse Zaken gaven zij aan hun amendement een nieuwe redactie. Het gewijzigde amendement bepaalde dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met overeenkomsten die hetzij vóór, hetzij ná de totstandkoming van deze voorschriften zijn bekendgemaakt.⁶ De Wit noemt de wijze waarop de definitieve tekst van het toetsingsartikel in de Grondwet van 1953 terecht is gekomen, niet zonder grond ‘chaotisch’ (p. 31): nadat de Tweede Kamer het gewijzigde amendement-Serrarens had aangenomen, bracht de Kamervoorzitter, zonder dat de regering en de overige tegenstanders van het amendement daar bezwaar tegen maakten, in het betrokken wetsvoorstel een wijziging aan, waardoor het amendement van overeenkomstige toepassing werd op besluiten van volkenrechtelijke organisaties.⁷ Het hoofdstuk maakt duidelijk dat de improvisaties waarmee de voorganger van het huidige artikel 94 in de Grondwet van 1953 werd opgenomen, geen afbreuk beoogden te doen aan de strekking van het amendement, namelijk het vastleggen van een door de rechter te waarborgen primaat van het geschreven internationaal recht boven het nationaal recht. Daarbij mag de rechter, zo blijkt uit de redactie die uiteindelijk in de Grondwet terecht is gekomen, zo nodig de toepassing van wettelijke voorschriften voor dit internationaal recht laten wijken (p. 29-30). Bij de grondwets-

boeken

3 *Kamerstukken II* 1951/52, 2374, nr. 17.

4 *Handelingen II* 1951/52, p. 1921.

5 *Kamerstukken II* 1951/52, 2374, nr. 22.

6 *Kamerstukken II* 1951/52, 2374, nr. 32.

7 *Handelingen II* 1951/52, p. 1959-1960.

herziening van 1956 is deze bevoegdheid vervolgens beperkt tot het buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften wegens een ieder verbindende bepalingen die bij of krachtens verdrag zijn vastgelegd. Met de beperking tot 'een ieder verbindende bepalingen' wilde de grondwetgever voorkomen dat het buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften tot een rechtsvacuüm zou leiden dat niet zou kunnen worden opgevuld door het in geding zijnde verdragsrecht, maar slechts door rechtspolitieke keuzen te maken die op het terrein van de wetgever liggen (p. 34-35). Bij de grondwetsherziening van 1983 is het toetsingsartikel gestroomlijnd, maar niet inhoudelijk gewijzigd (p. 38-40). Met dit hoofdstuk heeft de auteur de constitutionele achtergrond geanalyseerd van het jurisprudentieonderzoek dat zij verderop in haar dissertatie uitvoert. Het hoofdstuk bevat ook voor wie ingewijd is in de literatuur over artikel 94 Grondwet, verfrissende elementen. Zo komt men in de literatuur tot op de dag van vandaag het misverstand tegen dat de regering zich bij de voorbereiding van de grondwetsherziening van 1953 tegen het toetsingsartikel heeft verzet omdat zij gekant was tegen een rechterlijke bevoegdheid om posterieure wetten in formele zin aan anterieure verdragen te toetsen. Ook de memorie van toelichting bij het voorstel-Taverne leunt zwaar op deze misvatting.⁸ In werkelijkheid heeft de regering destijds slechts verwezen naar de argumenten van de tegenstanders van deze bevoegdheid om te betogen dat de tijd nog niet rijp was voor een uitspraak van de grondwetgever over deze toen omstreden kwestie. De regering wilde vooralsnog de verdere ontwikkeling op dit punt afwachten (p. 31). De Wit citeert op p. 23 de passage in de memorie van antwoord waarin de regering haar positie (nogmaals) verwoordde:

'Onder deze omstandigheden geeft de Regering er de voorkeur aan dit punt buiten deze Grondwetsherziening te laten, zonder dat hieruit een stellingneming, hetzij van de Regering, hetzij van de Staten-Generaal ten opzichte van dit strijdpunt mag worden afgeleid.'

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 359 (R 1986), nr. 6.

9 De rechter liet bijvoorbeeld het toenmalige art. 152 Rv. buiten toepassing voor zover deze toepassing onverenigbaar was met het Rechtsvorderingsverdrag van 1896. Zie Ktg. 's-Gravenhage 21 juli 1899, *W* (1899) 7330; Ktg. Amsterdam 31 juli 1899, *W* (1899) 7315; Rb. Breda 13 maart 1900, *W* (1900) 7501; Hof 's-Hertogenbosch 17 december 1901, *W* (1902) 7712.

Hoofdstuk 3 behandelt de wijze waarop de rechter vóór 1953 en in de periode 1953-1979 invulling heeft gegeven aan zijn bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van nationaal recht met verdragsrecht. Wat bij lezing van dit hoofdstuk opvalt, is dat al vóór 1953 de rechterlijke effectuering van verdragen op verschillende manieren gestalte kreeg. Het buiten toepassing laten van een anterieure wet vanwege een posterieur verdrag, was slechts een van de manieren, ook al kwam dit vaker voor dan de auteur lijkt te suggereren.⁹ Ogenscheinlijke conflicten tussen anterieure verdragen en posterieure wetten in formele zin, wist de Hoge Raad te vermijden door de wet verdragsconform te interpreteren,

waarin hij soms zó ver ging dat het onderscheid met het buiten toepassing laten van de wet vervaagde. Bekende, door De Wit op p. 55-56 behandelde voorbeelden zijn enkele arresten uit 1934 waarin de Hoge Raad de Wet evenredige vrachtverdeling binnenscheepvaart van 1933 aldus uitlegde dat zij niet zag op de rivieren waarop de Herziene Rijnvaartakte van 1868 van toepassing was. De reikwijdte van de wet werd hierdoor voor een belangrijk deel tenietgedaan.

De hoofdstukken 4 en 5 gaan over de wijze waarop de rechter vanaf 1980 gestalte geeft aan zijn bevoegdheid om discrepanties tussen het nationaal recht en een ieder verbindende bepalingen van verdragen te vermijden of op te heffen. De auteur veronderstelt kennelijk dat de Hoge Raad in de periode van 1953 tot ongeveer 1980 geen gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid om wetten in formele zin te laten wijken voor een ieder verbindend verdragsrecht (o.a. p. III-II2, 128-129). Deze veronderstelling behoeft nuancering,¹⁰ maar lijkt juist te zijn voor het EVRM. Omstreeks 1980 heeft er onmiskenbaar een omslag plaatsgevonden. Vanaf dan neemt de betekenis van mensenrechtenverdragen voor de rechtspraak sterk toe.¹¹ Dat had verschillende oorzaken. De eerste 'Straatsburgse' veroordelingen van Nederland wegens schending van het EVRM – de arresten *Engel* (1976) en *Winterwerp* (1979) – waren inmiddels een feit. Bovendien begon weldra de betekenis van fundamentele arresten als *Golder* (1975) en *Marckx* (1979) voor de Nederlandse rechtsorde duidelijk te worden. Last but not least was op 11 maart 1979 het IVBPR voor het Koninkrijk der Nederlanden in werking getreden. De hoofdstukken 4 en 5 behandelen dan ook aan de hand van capita selecta uit het personen- en familierecht (hoofdstuk 4) en het publiekrecht (hoofdstuk 5) de wijze waarop de Nederlandse rechter vanaf 1980 conflicten tussen het nationaal recht en een ieder verbindende bepalingen van mensenrechtenverdragen voorkomt of oplost. Deze capita selecta zijn: de erkenning en wettiging van natuurlijke kinderen; het gezag over minderjarige kinderen; de geslachtsnaam van minderjarige kinderen na erkenning; het recht op toegang tot de rechter in de Krankzinnigenwet en de BOPZ; gelijke behandeling in het sociaalzekerheidsrecht en het belastingrecht. Hoofdstuk 6 bevat de conclusies. Vooral waar het de rechtspraak vanaf 1980 betreft, zijn deze conclusies overtuigend, juist omdat zij berusten op een nauwkeurige analyse van de jurisprudentie op uiteenlopende terreinen, die zowel in het vlak van het privaatrecht als het publiekrecht liggen. De rechter streeft zoveel mogelijk naar wat De Wit een *verdragsconform resultaat* noemt (p. 300), bijvoorbeeld door de nationale wetsebepaling redelijk uit te leggen of haar reikwijdte uit te breiden dan wel in te perken. Het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift (zie bijv. p. 126, 136,

10 Zie bijv. HR 24 april 1964, NJ 1964, 265; HR 29 februari 1972, NJ 1972, 343; HR 30 mei 1972, NJ 1972, 382. Zie voor meer jurisprudentie L.A.N.M. Barnhoorn, *Repertorium op de Nederlandse volkenrechtelijke rechtspraak 1840-1983*, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1986 en de gratis toegankelijke databank 'Netherlands Judicial Decisions involving Questions of Public International Law' (raadpleegbaar via www.asser.nl).

11 Een inmiddels klassieke studie over deze omslag is P. van Dijk, 'De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 173-209.

168-169, 172, 193, 222, 242, 281) of een zinsnede van een wettelijk voorschrift (zie bijv. p. 196) is slechts een van de vele technieken die de rechter hanteert om een verdragsconform resultaat te verwezenlijken. Dit komt niet alleen doordat met buitentoepassinglating lang niet altijd de discrepantie tussen nationaal recht en een ieder verbindend verdragsrecht kan worden weggenomen (zie bijv. p. 118, 124-125, 128, 154-155), maar ook doordat de rechter zich bewust is van zijn positie in het staatsbestel en dus de werking van de nationale bepaling zoveel mogelijk in stand wil laten (p. 150, 257-258, 300). In uitzonderingsgevallen ‘abstineert’ de rechter zelfs en laat hij het aan de wetgever over om een (eventuele) discrepantie tussen het nationaal recht en een bepaling van het EVRM of het IVBPR weg te nemen (p. 126-128, 163-164, 200-203, 206-207, 214, 269-274, 279, 285-286). Terecht merkt De Wit op dat het in zo’n geval juist de wetgever is die, als deze (te lang) blijft stilzitten, de staatsrechtelijke verhoudingen onder druk zet (p. 164, 288, 302-303). Lezing van het proefschrift van De Wit riep bij mij dan ook de vraag op of de Tweede Kamer er destijds niet beter aan had gedaan om voorbij te gaan aan (vergezochte) bezwaren zoals verwoord door Burger.

In de literatuur komt men vaak twee smaken tegen als het gaat om de methoden waarop nationale rechters gevolg geven aan de verdragsrechtelijke verplichtingen van hun Staat: enerzijds het buiten toepassing laten, onverbindend verklaren of vernietigen van wettelijke voorschriften en anderzijds het verdragsconform interpreteren van nationaal recht. Het proefschrift van De Wit laat zien dat er veel meer smaken zijn en dat de term ‘verdragsconforme uitleg’ onvoldoende recht doet aan de creativiteit en flexibiliteit die rechters aan de dag leggen om een verdragsconform resultaat te bereiken. Aan de hand van de hoofdstukken 4 en 5 kan de lezer(es) gemakkelijk een typologie destilleren van technieken die de Nederlandse rechter hanteert om discrepanties tussen het nationaal recht en een ieder verbindende bepalingen van mensenrechtenverdragen te voorkomen of weg te werken.¹² Verdragsconforme uitleg in strikte zin is er daar maar één van.

Hoewel in het proefschrift een grote hoeveelheid jurisprudentie gedetailleerd wordt geanalyseerd, is het vlot geschreven en zeer leesbaar. De Wit heeft de verleiding weerstaan om alle secundaire literatuur te willen verwerken en met iedereen in discussie te treden. Daarbij is overigens wel eens een publicatie ten onrechte uit de boot gevallen, zoals de dissertatie van Woltjer,¹³ wiens bevindingen al in de richting wezen die nu door De Wit aan de hand van een scala aan deelterreinen van het privaats- en publiekrecht is uitgewerkt. Ik heb veel plezier beleefd aan haar proefschrift.

¹² Zie in dit verband de recensie van R.J.B. Schutgens in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2013, p. 138.

¹³ A.J.Th. Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.